

SCHENGENKONVENSJONENS ART. 26
OG
FLYKTNINGERS RETT TIL BESKYTTELSE

Kandidatnr: 293

Veileder: Henrik Bull

Leveringsfrist: 25/4 2003

Til sammen 12 000 ord

INNHALDSFORTEGNELSE

Schengenkonvensjonens art. 26 og flyktningers rett til beskyttelse

1	Innledning	4
1.1	Presentasjon	4
1.2	Bakgrunn	6
1.2.1	Utviklingen i Vest-Europa, flommen av asylsøkere	6
1.2.2	Statens virkemidler for å stoppe flommen av asylsøkere	7
1.2.3	Schengensamarbeidets utvikling	8
1.2.4	Internasjonalt samarbeid om flyktning- og asylpolitikk	9
1.3	Metode	10
1.3.1	Innledning	10
1.3.2	Tolkningen av Schengenkonvensjonen art. 26 og det omtalte direktivet	11
1.3.3	Tolkningen av de folkerettslige regler om vern av flyktninger	11
2	Om Schengenkonvensjonen art. 26 og flyselskapenes rolle	13
2.1	Innledning	13
2.2	Flyselskapenes rolle	14
2.3	Flyktningbegrepet i Flyktningkonvensjonen	16
2.3.1	Innledning	16
2.3.2	Begrepet forfølgelse	17
2.3.3	Kravet til forfølgelsesgrunn	18
2.3.4	Velbegrunnet frykt for å bli forfulgt	18
2.3.5	Avsluttende bemerkninger om flyktningbegrepet i Flyktningkonvensjonen	19
2.4	Nærmere om Schengenkonvensjonen art.26	20
2.4.1	Overfor hvilke transportører får reglene i Schengenkonvensjonen art.26 anvendelse?	20
2.4.2	Hva slags kontroll er det transportselskapene skal utføre?	21
2.4.3	Begrepet sanksjoner	22
2.4.4	Om praktiseringen av art.26 når personer som søker beskyttelse er involvert	24

3	Forholdet til internasjonale regler om beskyttelse av flyktninger	27
3.1	Innledning	27
3.1.1	Ansvar for beskyttelse, et internasjonalt problem	27
3.1.2	Forutsetninger	27
3.1.3	De mest sentrale konvensjonene som omhandler flyktningers rettigheter	28
3.2	Retten til å søke, og å nyte asyl, jfr. VM art. 14	29
3.2.1	Hva betyr det at et menneske har en rett til å søke og å nyte asyl?	29
3.2.2	Er Schengenkonvensjonens regler om transportøransvar i strid med retten til å søke og å nyte asyl i VM art.14?	30
3.3	Om menneskers rett til å forlate et land	31
3.4	Om transportøransvaret er i strid med Flyktningkonvensjonen art. 31	31
3.4.1	Nærmere om Flyktningkonvensjonen art. 31	31
3.4.2	Medfører reglene om transportøransvar et brudd på forpliktelsene, jfr. Flyktningkonvensjonen art.31	32
3.5	Om reglene om transportøransvar er i overensstemmelse med prinsippet om non-refoulement	32
3.5.1	Begrepet non-refoulement	32
3.5.2	Om reglene om transportøransvar er i strid med prinsippet om non-refoulement	34
4	Avslutning	36

Litteraturliste	37
------------------------	-----------

1 Innledning

1.1 Presentasjon

At transportselskapene har ansvar for å kontrollere passasjerenes reisedokumenter innebærer at dersom de bringer med seg til landet en person uten (eller med forfalskede) papirer vil transportselskapet måtte dekke utgifter i forbindelse med uttransportering av denne personen. I tillegg risikerer selskapet å bli ilagt andre sanksjoner, ofte i form av bøter. Reglene om transportørs ansvar er i norsk rett gitt i Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsloven) av 24. juni 1988 nr.64, §§ 46 og 47 og i Utlendingsforskriften §§ 93 og 158. Disse reglene¹ er i samsvar med de forpliktelser som påhviler Norge som part i Schengensamarbeidet.

Schengensamarbeidet trådte i kraft i mars 1995. Samarbeidet går i korte trekk ut på avskaffelse av personkontrollen på de felles grenser, at grensekontrollen ved de ytre grenser skal styrkes og at samarbeidet mellom statenes justis- og politimyndigheter skal utbygges. Bare EU-land kan være direkte part i Schengensamarbeidet, jfr. Konvensjon om gjennomføring av Schengenavtalen av 14. juni 1985 mellom regjeringene for statene i den økonomiske union Benelux, forbundsrepublikken Tyskland og republikken Frankrike om gradvis avskaffelse av kontrollen på de felles grenser (Schengenkonvensjonen). Fortalen snakker om et samarbeid for å realisere Den europeiske enhetsakt, Art. 14, om et indre marked uten indre grenser. Norge deltar i samarbeidet via en avtale mellom de land som er parter i Schengenkonvensjonen på den ene siden og Norge og Island på den andre. For Norges del var det viktig å ta del i samarbeidet fordi avtalen blant annet sikret fortsettelse av den nordiske passunionen, og også utvidet denne til hele Schengenområdet. Schengensamarbeidet ble også sett på som en naturlig videreutvikling av EØS- avtalens regler om fri bevegelighet for personer og tjenester².

Reglene om at konvensjonsstatene er forpliktet til å innføre regler om transportørs ansvar i sin nasjonale lovgivning, er gitt i Schengenkonvensjonen Art. 26. At transportøren har ansvar for å kontrollere, ”..plikt til å treffe alle nødvendige tiltak for å forvisse seg om..”, at passasjerene er i besittelse av de reisedokumenter som kreves, følger av Art. 26 nr. 1 b. Plikten

¹ Bestemmelsene ble endret for å oppfylle de forpliktelser som fulgte av Schengensamarbeidet, disse endringene trådte i kraft 25 mars 2001.

² Jfr. Innstilling fra utenrikskomiteen om samtykke til ratifikasjon av samarbeidsavtale av 19. desember 1996 mellom partene i Schengenkonvensjonen, og Island og Norge om avskaffelse av personkontroll på de felles grenser, Innst. S. nr. 229 1996-97, s.7

til å ta ansvar for passasjerer dersom denne nektes innreise, og til å transportere denne ut av landet, har hjemmel i Art. 26 nr. 1 a. En plikt for medlemsstatene til å ilegge ytterligere sanksjoner overfor transportør, hvor disse frakter utlendinger som ikke er i besittelse av de nødvendige reisedokumenter, er gitt i Art. 26 nr. 2. Reglene i Art. 26 er, sammen med blant annet regler om visum, del av de fellesregler som er gitt for å styrke kontrollen ved de ytre grenser.

Det er tre elementer som kjennetegner reglene om transportørs ansvar for å kontrollere at deres passasjerer har de nødvendige dokumenter:

- 1: En plikt for transportør til å bringe ut av landet enhver passasjer som mangler gyldig reisedokument.
- 2: En plikt for transportør til å betale kostnadene ved utsendelse av en slik passasjer.
- 3: I tillegg ilegges bøter og/eller andre sanksjoner.

Normalt består transportøransvaret av en plikt for transportør til å ta passasjerer om bord igjen, og bringe denne ut av riket. At de også skal dekke kostnader i denne forbindelse betyr at, i tillegg til å måtte betale selve returen, blant annet utgifter det offentlige måtte bli påført ved at utlendingen føres ut av riket, for eksempel utgifter til eskorte når politiet finner det nødvendig, og utgifter til kost og losji mens passasjerer venter på å bli ført ut av landet, belastes transportør. Det mest vanlige er at selskapene i tillegg til disse sanksjonene ilegges bøter. Praksis med hensyn til hvilke kostnader transportør holdes ansvarlig for og bøtenes størrelse har variert fra land til land, se mer om dette i kapittel 2.4. I det følgende vil jeg ofte bruke betegnelsen transportøransvaret som betegnelse på det ansvar og de sanksjoner som ilegges transportselskapene.

Temaet i denne oppgaven er hvorvidt reglene om transportørs ansvar for at deres passasjerer har de nødvendige dokumenter, medfører et brudd på internasjonale forpliktelser til vern av flyktninger. For en person som er utsatt for forfølgelse eller som flykter fra et krigsherjet land, kan det være umulig, før avreise, å skaffe de dokumenter som kreves for å komme til et land hvor han kan søke beskyttelse. Flyselskapene vil også vegre seg for å ta med en slik passasjer, da dette kan utsette dem for en risiko i form av bøter og/eller andre sanksjoner. For en asylsøker kan dette innebære at han ikke får tilgang til asylprosedyrene og/eller oppnår beskyttelse som flyktning.

I det følgende vil jeg redegjøre for bakgrunn og praksis i forhold til disse reglene, hvilke konsekvenser disse har i forhold til de regler som er satt til vern om flyktninger, før jeg til slutt foretar en vurdering av hvordan reglene kan gjøres bedre i forhold til flyktninger og deres rettigheter.

1.2 Bakgrunn

1.2.1 Utviklingen i Vest-Europa, flommen av asylsøkere.

Siden begynnelsen av 1980-årene har strømmen av asylsøkere til Europa økt dramatisk. Det antas at siden 1980 har ca. 5 millioner mennesker søkt asyl i Vest-Europa¹. Det kan pekes på flere årsaker til denne økningen, foruten det faktum at det i flere stater foreligger en uholdbar menneskerettssituasjon hvor mennesker av frykt for forfølgelse tvinges til å flykte. Tidligere måtte mennesker på flukt flykte over grensen og søke beskyttelse i et naboland, men takket være den teknologiske utvikling innenfor transportsektoren, kommer flere og flere til Vest-Europa med fly. Videre er i dag de fleste vestlige land stengt for immigrasjon, dermed blir asyl sett på som den eneste mulighet til å få opphold i disse landene. Å skille mellom de som trenger beskyttelse og de som misbruker asylinstituttet, økonomiske immigranter, er blitt en stor utfordring for myndighetene i disse landene. Det har vært en sterk økning i antallet grunnløse asylsøknader, men mange søkere med grunnløse søknader har likevel fått bli på grunn av svakheter ved landenes asylprosedyrer. En asylsøknad anses grunnløs hvor det er klart at det ikke foreligger forfølgelse, det er et forsøk på misbruk av asylinstituttet, eller hvor søkeren har oppnådd beskyttelse i et annet land². Asylprosedyrene har ikke vært effektive nok, og mange søkere med grunnløse søknader har fått opphold fordi behandlingen av søknadene rett og slett har tatt for lang tid³. Et annet problem er at mange søkere kommer med falske reisedokumenter, eller ingen dokumenter i det hele tatt. I Norge ankommer ca. 90 % av asylsøkerne uten gyldige reisedokumenter, mens tallet for Schengenstatene for øvrig ligger på ca. 80 %⁴. Dette er et forhold som kompliserer

¹ Dette er tall fra 1997, se Vigdis Vevstad, "Refugee Protection – A European Challenge", heretter henvises bare til forfatter, s. 26

² Se Vigdis Vevstad, s. 188

³ Et eksempel her er den tidligere 15-måneders regel i norsk rett, jfr. Justisdepartementets Rundskriv G-97/89 av 3. juli 1989. Hvor behandlingen av asylsøknaden tok mer enn 15 måneder ble søkeren, i de fleste tilfelle, gitt opphold i Norge.

⁴ Opplysninger skaffet til veie via henvendelse til førstekonsulent Henriette Vigtel ved Utlendingsdirektoratet, heretter forkortet UDI.

asylprosedyrene betraktelig, det kan gjøre det umulig å fastslå søkerens identitet, om søkeren har oppnådd beskyttelse i et annet land o. s. v

1.2.2 Statenes virkemidler for å stoppe flommen av asylsøkere.

For å søke å hindre flommen av asylsøkere, har statene iverksatt flere tiltak. Aktuelle virkemidler har vært innføring av visumplikt, streng fortolkning av Flyktningkonvensjonen av 1951 og dennes protokoll av 1967, innføring av det såkalte førsteasyllandprinsippet og innføring av regler om sanksjoner overfor transportselskapene som bringer personer, uten nødvendige reisedokumenter, inn i landet. Reglene om ansvar og sanksjoner overfor transportør må ses i sammenheng med reglene om visumplikt, da de langt på vei er med på å håndheve disse. I Vest-Europa har det tidligere ikke vært noen utbredt tradisjon med krav om visum for innreise. Innføring av visumplikt overfor mange land i Afrika og Asia er nytt, og fremstår ofte som direkte knyttet til flommen av asylsøkere. Et vedtak om visumplikt påvirker umiddelbart det antall asylsøkere som blir i stand til å ta seg frem til asylprosedyrene i et land. Et eksempel er da Norge opphevet avtalen om viseringsfrihet med Chile. I 1988 kom det 1940 asylsøkere fra Chile, mens tallet 1 1989, da visumplikt var innført, var 29¹.

Når det gjelder regler om ansvar og sanksjoner overfor transportselskapene ble disse innført etter mal fra blant andre USA, Canada og Australia, land som tradisjonelt har hatt mye immigrasjon. USA innførte regler om sanksjoner overfor transportører allerede i 1952, i ”Immigration and Nationality Act”. Tyskland og Belgia var de første statene i Schengensamarbeidet som innførte slike regler, samtidig med at asylsøkerstrømmen økte dramatisk. I januar 1987 ble det innført regler om straff overfor flyselskap som brakte med seg passasjerer som manglet reisedokument i den tyske utlendingslov Art. 8 (4) og 8 (5). For Norges vedkommende har vi hatt en forskriftshjemmel til å pålegge fører av skip eller fly til å kontrollere reisedokument siden iverksettelsen av Utlendingsloven og Utlendingsforskriften i 1991, i Utlendingsforskriften § 93. Denne regelen var derimot ikke satt i kraft. Den var kun ment å være ”et ris bak speilet”, dersom transportørene ikke i tilstrekkelig grad kontrollerte passasjerenes reisedokumenter. Det var ikke ønskelig at Norge skulle være blant de få land som innførte straffesanksjoner overfor transportører som brakte utlendinger uten gyldige reisedokumenter til landet. Likevel ble det funnet hensiktsmessig å ha reglene klar til bruk når

¹ Årsmelding fra UDI 1989 s. 10

et større antall europeiske land innførte tilsvarende regler.¹ I 1990 ble reglene om ansvar og sanksjoner overfor transportselskapene et krav etter Schengenkonvensjonen Art. 26. Dette fikk også virkning for Norge (i kraft fra 26. juni 2000) da Norge og Island kom med i Schengensamarbeidet.

1.2.3 Schengensamarbeidets utvikling.

Samarbeidet mellom Schengenlandene var opprinnelig av mellomstatlig art. Beslutninger om videreutvikling av regelverket ble truffet ved enstemmighet, og de enkelte medlemsland ble kun folkerettslig bundet av beslutningene. Det var også opp til den enkelte stat å avgjøre hvorvidt de ulike vedtakene nødvendiggjorde endringer av nasjonale lover og forskrifter. Samarbeidets øverste organ var Eksekutivkomiteen, hvor hvert land var representert med en minister. Denne komiteen nedsatte arbeidsgrupper for å forberede beslutninger eller utføre andre oppgaver.

Justissamarbeidet i EU var opprinnelig et mellomstatlig samarbeid i søyle 3 i EU-samarbeidet. På Amsterdam-toppmøtet 16. og 17. juni 1997, vedtok imidlertid EU-landene å styrke og effektivisere dette samarbeidet. Ved Unionstraktaten fra 1992² ble EU-samarbeidet bygget ut i et såkalt trepilarsystem. Den første, EF-pilaren er den største og viktigste, det er her vi finner de overnasjonalt bindende regler. De to andre pilarene gir uttrykk for samarbeid av mer tradisjonell mellomstatlig art. Deler av justissamarbeidet skulle etter dette foregå i søyle 1 og Schengensamarbeidet ble innført som del av EU-samarbeidet. Dette innebar at det ble opprettet nye rammer for Schengen-samarbeidet. Bestemmelsene om Schengensamarbeidets integrering i EU-samarbeidet ble nedfelt i en egen protokoll til Amsterdam-traktaten, Schengen-protokollen. EUs råd overtok de oppgaver som etter Schengensamarbeidet var tillagt Eksekutivkomiteen. Det vil nå følge av EUs traktatgrunnlag hvilken myndighet EUs institusjoner skal ha på Schengenområdet.

For Norges del var, som nevnt innledningsvis, en fortsettelse av den nordiske passunion en av hovedårsakene til at landet ble med i Schengensamarbeidet. Den nordiske passunion hadde bestått siden 1964, denne gjorde Norden til et reisefrihetsområde. Da

¹ Se Innst. S. nr. 229,1996-97, s. 33

² Se traktat om Den Europeiske Union, av 17. februar 1992

Danmark i 1994 søkte om observatørstatus i Schengensamarbeidet med sikte på medlemskap¹, innebar det også at det ikke ville være mulig å videreføre Den nordiske passunion uten at samtlige land ble knyttet til Schengensamarbeidet gjennom en avtale med Schengenlandene. I motsatt tilfelle ville de nordiske land som ønsket å ta del i Schengensamarbeidet bli avtaleforpliktet til å innføre grensekontroll mot de nordiske land som ikke tok del i samarbeidet. Et flertall i Stortinget vedtok 9 juni 1997 å gi samtykke til ratifikasjon av samarbeidsavtalen av 19 des. 1996 mellom Norge, Island og Schengenlandene. Denne samarbeidsavtalen forutsatte at samarbeidet skulle foregå utenfor EUs rammer. For at Norge og Island fortsatt skulle kunne ta del i samarbeidet etter at Schengen-regelverket ble lagt innenfor EUs institusjonelle rammer, ble det forhandlet frem en ny avtale. For Norge og Island vil Schengensamarbeidet fortsatt foregå på et folkerettslig grunnlag.

1.2.4 Internasjonalt samarbeid om flyktning- og asylpolitikk.

Først i det tyvende århundre ble det innført bindende regler om beskyttelse av flyktninger på et internasjonalt nivå. Det ble opprettet internasjonale organisasjoner som har som oppgave å hjelpe og å beskytte mennesker på flukt. Verdt å nevne i denne sammenheng er opprettelsen av Folkeforbundets (senere FNs) Høykommissær for flyktninger i 1921, hvor ”vår egen” Fridtjof Nansen var den første innehaver av dette vervet. Grunnleggingen av FN i 1945, markerte en viktig utvikling i internasjonalt samarbeid om menneskerettighetene. Selv om Menneskerettighetserklæringen av 1948 ikke direkte referer til flyktning- og asylproblematikken, anses generalforsamlingen og sikkerhetsrådet å ha spilt en avgjørende rolle i utviklingen av flyktningretten². Regler om beskyttelse av flyktninger ble senere konkretisert i en egen konvensjon, Flyktningkonvensjonen, som ble signert i 1951. Denne konvensjonen skulle ha til formål å etablere og aktivere et internasjonalt ansvar overfor flyktninger som var utsatt for forfølgelse³. En finner regler om beskyttelse av flyktninger og asyl også i andre konvensjoner, disse vil jeg komme nærmere inn på i kapittel 3.

Frem til midten av 1990-årene kan man hevde at statene i flyktning- og asylspørsmål har reagert på basis av sitt lands interesser, uten tanke på nabolandenes. Et samarbeid om

¹ Se St prp nr 50, 1998-99 Om samtykke til inngåelse av avtale mellom Rådet for Den europeiske union og Republikken Island og Kongeriket Norge om de sistnevnte staters tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengen-regelverket, s. 8

² Se Vigdis Vevstad, s. 21

³ Jfr. Flyktningkonvensjonens fortale

flyktning- og asylpolitikken har vært problematisk fordi statene har vanskelig for å binde sin handlefrihet på dette området. For den enkelte stat er det et grunnleggende prinsipp at det er staten selv som har rett til å kontrollere og begrense innreise, opphold, og innvandring av utenlandske borgere til riket. Disse hensynene synes å ha overskygget alle andre hensyn.

Mye tyder på at statene nå har innsett at det er i deres interesse å samarbeide om flyktning- og asylpolitikken. Dette skyldes blant annet at statenes nasjonale asylpolitikk har feilet, byrdefordelingen har vært svært ujevn når det gjelder hvilke stater som har tatt i mot flest flyktninger, og den internasjonale kriminalitet i form av menneskesmugling har økt drastisk. Dog, for partene i Schengensamarbeidet er det nok samarbeidets karakter som har tvunget fram et samarbeid også på flyktning- og asylpolitikkens område. Når de indre grensene fjernes, må yttergrensene ytterligere forsterkes og reglene om innreise må harmoniseres. Felles visumregler og regler om sanksjoner overfor transportør er deler av dette samarbeidet. For å hindre såkalt ”asylhopping”, at søkere med avslag i et land, reiser over grensen til nabolandet og legger inn ny søknad der, ble det i Schengenkonvensjonen gitt regler om hvilken stat som skulle være ansvarlig for å behandle en asylsøknad. På sitt møte i Bonn i april 1994, bestemte Schengensamarbeidets eksekutivkomité at reglene om asyl i Schengenkonvensjonen skulle bli erstattet av Dublinkonvensjonen når denne trådte i kraft¹. Dublinkonvensjonen trådte i kraft 1. sept. 1997. Problemet i forhold til Dublin- og Schengenkonvensjonen er at det ikke finnes noen felles lovgivning eller harmoniserte prosedyrer på asyl- og flyktningpraksis innenfor Schengenlandene. Dette kan blant annet føre til at forfulgte mennesker som søker asyl kan risikere å bli avvist i et land, mens de ville fått beskyttelse om de først hadde kommet til et annet Schengenland. Behovet for en helhetlig, menneskerettighetsbasert flyktningpolitikk er påtrengende, og forslag om opprettelse av ny, europeisk flyktningkonvensjon er blitt fremmet¹. Fremtiden vil vise om Europa kan klare å enes om en slik politikk.

1.3 Metode

1.3.1 Innledning

Behandlingen av spørsmålet om transportselskapenes ansvar, jfr. Schengenkonvensjonen Art. 26, er i strid med de regler som er satt til vern om flyktninger har

¹ Se Vigdis Vevstad, s. 255

medført tolking av to forskjellige regelsett. Det første regelsett er tolkningen av Schengenkonvensjonen Art. 26 og direktivet om fastsettelse av supplerende bestemmelser til Art. 26². Det andre regelsett som måtte tolkes er de folkerettslige regler som er satt til vern av flyktninger.

1.3.2 Tolkningen av Schengenkonvensjonen Art. 26 og det omtalte direktivet.

Da Schengensamarbeidet ble integrert som del av EU-samarbeidet, medførte dette endringer når det gjelder mekanismer for å sikre enhetlig tolking og anvendelse av Schengenregelverket. Tolkningen av Schengenkonvensjonen Art. 26 og direktivet må derfor skje med bakgrunn i EF-retten. EF-retten har sin egen tolkingslære, som avviker både fra tradisjonelle prinsipper for tolking av folkerettslige traktater, se nedenfor, og fra medlemsstatenes nasjonale rettskildelære. Hvordan EF-domstolen kommer til å tolke Schengenkonvensjonen er ennå usikkert. EF-domstolen avsa første dom om Schengenkonvensjonen 11. februar 2003³. Domstolen sto her ovenfor en tolkning av Schengenkonvensjonen Art. 54, hva domstolen her vektla, var bestemmelsens formål og ordlyd.

1.3.3 Tolkningen av de folkerettslige regler om vern av flyktninger.

Temaet her er om det finnes noen folkerettslige regler som kan ramme den rettsregelen Schengenkonvensjonen Art. 26 er bærer av. Relevante bestemmelser finnes i Flyktningkonvensjonen, Den Europeiske menneskerettighetserklæring⁴, heretter forkortet EMK, Torturkonvensjonen⁵, FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter⁶ og Verdenserklæringen om menneskerettighetene⁷, heretter forkortet VM. Mest sentrale i denne vurderingen var bestemmelser i Flyktningkonvensjonen, EMK og VM. Ved tolkning av Flyktningkonvensjonen må en ta utgangspunkt i tradisjonell folkerett om tolking av traktater

¹ Initiativ til ny flyktningkonvensjon, se Vigdis Vevstad

² Rådets direktiv af 28. juni 2001 om fastsettelse af supplerende bestemmelser til artikel 26 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen af 14. juni 1985 (2001/51)

³ Se "Eurorett", Orientering om nye regler og rettsavgjørelser fra EU- og EØS-organer, utgitt av Lovdata i samarbeid med Senter for Europarett ved Universitetet i Oslo, nr. 4 2003

⁴ Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms av 4 november 1950

⁵ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment av 10 desember 1985

⁶ International Covenant on Civil and Political rights (UN) av 16 desember 1966

⁷ Universal Declaration of Human Rights av 10 desember 1948.

slik disse fremkommer i ICJ-statuttene¹ art. 38 og Wienkonvensjonens² prinsipper om tolkning av traktater. Dette betyr at ordlyd, språklig kontekst og formål er de primære tolkingsfaktorer, mens forarbeider samt andre teorier som teori og praksis kan supplere og informere fortolkningen innenfor visse rammer, se Wienkonvensjonen Art. 31 og Art. 32. Også den etterfølgende rettsutvikling bør kunne tas i betraktning som et nokså viktig moment. En svakhet ved Flyktningkonvensjonen er at det ikke finnes noen internasjonal tolking som statene er bundet av. Det finnes flere uttalelser³ fra Høykommissæren for flyktninger med hensyn til hvordan reglene bør tolkes for å få en mest mulig ensartet praksis i konvensjonsstatene. Disse uttalelsene er såkalt soft law, og derfor ikke bindende. De vil likevel kunne utgjøre en relevant rettskildefaktor for den enkelte stat når den står ovenfor et tolkingsproblem i forhold til bestemmelser i konvensjonen.⁴ Ved tolkingen av EMK må man, i tillegg til å anvende de tradisjonelle folkerettslige regler om traktattolking, se hen til hvordan Den europeiske menneskerettsdomstol har tolket de aktuelle bestemmelsene. Jfr. EMK Art. 19 skal domstolen sikre at medlemsstatene overholder sine forpliktelser, og medlemsstatene er forpliktet til å rette seg etter domstolens dommer, se EMK Art. 46. Det spesielle ved metoden i forhold til VM er at denne erklæringen er soft law, og derved ikke bindende. Siden vi her ikke står overfor en traktat kan man normalt ikke uten videre anvende tolkningsprinsippene i Wienkonvensjonen og ICJ-statuttene direkte. Men det må fremheves at VM ikke er noe vanlig politisk dokument, men en erklæring av universelle normer i form av menneskerettigheter. Dette taler for en fortolkning i lys av menneskerettsideen og en mer dynamisk tolking til fordel for individet, ut fra formålbetraktninger og internasjonal rettsutvikling enn hva som er vanlig ved fortolking av bindende konvensjoner. Fordi VM er et så politisk og menneskerettslig viktig dokument, er det likevel hensiktsmessig ved fortolkningen å ta utgangspunkt i de prinsipper som gjelder for tolkning av traktater⁵.

¹ Statute of the International Court of Justice av 26 juni 1945

² Vienna Convention on The Law of Treaties, av 23 mai 1969

³ UNHCRs håndbøker

⁴ I norsk rett anses disse uttalelsene som en relevant rettskilde, selv om det er usikkert hvilken vekt den skal ha, se Rt. 1991 s. 586

⁵ Terje Einarsen gir uttrykk for det samme syn, se s.112

2. Om Schengenkonvensjonen Art. 26 og flyselskapenes rolle.

2.1 Innledning

I dette kapitlet vil det gjøres greie for hvordan transportøransvaret jfr.

Schengenkonvensjonen Art. 26 skal utøves. Bestemmelsene i Art. 26 må derfor tolkes. Art. 26 er, som nevnt innledningsvis, en del av Schengensamarbeidets regler om yttergrensekontroll.

Utgangspunktet er at en utlending må ha gyldige reisedokumenter for å få innreisetillatelse til Schengenområdet, jfr. Schengenkonvensjonen Art. 5.2. I følge Schengenkonvensjonen Art. 26 nr.1 skal medlemsstatene ilegge transportøren ansvaret for retur av utlending som ikke har fått tillatelse til å reise inn i Schengenområdet. Punkt nr.2 i samme artikkel forplikter dessuten medlemsstatene til å innføre sanksjoner mot transportselskaper som transporterer utlendinger som mangler nødvendige reisedokumenter. Alle partene i Schengensamarbeidet har nå innført lovgivning som regulerer ansvaret og sanksjoner overfor transportører.

Schengenkonvensjonen trådte i kraft i 1995. En står her overfor et relativt ferskt lovverk.

Ordlyden i Art. 26 gir ikke alltid noe klart svar på hvordan bestemmelsene skal gjennomføres i praksis. Særlige spørsmål knytter seg blant annet til hva som ligger i begrepet ”sanksjoner”, skal det her bare gis bøter, eller kan også andre sanksjoner ilegges? Og, hvor det ilegges bøter, kan statene selv bestemme bøtenes størrelse? Et annet viktig spørsmål reiser seg i forbindelse med henvisningen til flyktningkonvensjonen, jfr. Art. 26 nr.1 og nr.2, betyr dette at transportselskapene ikke ilegges sanksjoner hvor passasjerer uten gyldige reisedokumenter hevder å være flyktning? I så fall, kreves det at denne personen oppnår status som flyktning i Flyktningkonvensjonens forstand, eller vil sanksjonene også lempes dersom den aktuelle personen får opphold på såkalt humanitært grunnlag?

Flere medlemsstater hadde praktisert regler om ansvar og sanksjoner overfor transportører i en årrekke før konvensjonen trådte i kraft, som eksempler kan her nevnes Tyskland, som innførte slike regler i 1987, Belgia, hvor reglene ble innført i 1980, og Danmark, som innførte slike regler i 1989. Deres praksis vil derfor kunne antyde noe om hvordan reglene skal gjennomføres. I andre stater medførte Schengensamarbeidet at statene måtte innføre helt ny lovgivning, et eksempel her er Finland, som måtte innføre en rekke tillegg til sin straffelov. Atter andre, for eksempel Norge, praktiserte ikke et slikt ansvar til tross for at det fantes lovgivning, tilknytningen til Schengenregelverket medførte likevel visse

endringer i statenes lovgivning. Tillegg og endringer i lovgivning som følge av tilslutning til Schengensamarbeidet vil kunne gi en god pekepinn på hvordan Art. 26 skal gjennomføres. En gjennomgang av medlemsstatenes praksis er foretatt av ECRE i en rapport fra 1999¹. Det er med bakgrunn i blant annet denne rapporten jeg vil beskrive hvordan Art. 26 blir forstått. Jeg vil derfor ta forbehold for eventuelle endringer i praksis som er kommet til etter at rapporten ble utferdiget. Videre har Rådet for den Europeiske Union, som nevnt innledningsvis, vedtatt et direktiv om fastsettelse av supplerende bestemmelser til Schengenkonvensjonen Art. 26, hvor det gis bestemmelser om hvordan ansvaret skal praktiseres.

I redegjørelsen for transportørenes ansvar jfr. Schengenkonvensjonen Art. 26, er det hensiktsmessig å starte med transportørenes rolle, fordi det er transportselskapene som, jfr. bestemmelsene i Art. 26, pålegges ansvar og ilegges sanksjoner. Definisjonen av begrepet transportør vil jeg redegjøre for under kapittel 2.4, men i denne sammenheng vil redegjørelsen for transportørens rolle konsentreres rundt flyselskapenes rolle. Fordi Schengenkonvensjonen Art. 26 henviser til Flyktningkonvensjonen og tar forbehold for eventuelle forpliktelser som følger av denne, vil det ha betydning for den videre tolkingen av Art. 26 hva som ligger i Flyktningkonvensjonens flyktningbegrep. Til sist i denne redegjørelsen, vil jeg gå nærmere inn på tolkingen av Art. 26.

2.2 Flyselskapenes rolle

Reglene om transportørs ansvar for kontroll av passasjerenes reisedokumenter forplikter medlemsstatene til å innføre sanksjoner overfor flyselskap (eller andre transportører) som bringer inn i en av statene en person som mangler de nødvendige papirer, med mindre denne personen senere anerkjennes som flyktning². Reglene om ansvar for transportselskapene innebærer at de i praksis blir nødt til å opptre som immigrasjonsmyndigheter. Dette skaper problemer fordi et flyselskaps oppgave normalt er å forflytte store antall passasjerer på en effektiv måte og på den måten som gir mest mulig profitt.

At sanksjonene kan lempes hvis passasjerer som mangler reisedokumenter er flyktning, se nedenfor under kapittel 2.4, betyr at flyselskapene her tvinges til å avgjøre hvorvidt den aktuelle passasjerer skal anses som flyktning eller ikke. Et flyselskap deler

¹ ECRE, European Council on Refugees and Exiles, "Country up-date on the application of carriers' liability in European States", februar 1999.

² Se flyktningdefinisjonen i kapittel 2.3.

verken motivene, ekspertisen eller opplæringen til de statlige myndigheter i spørsmålet om hvem som skal anerkjennes som flyktning. Det er også et problem for flyselskapene ved utøvelsen av kontrollen at de forutsettes å kjenne til immigrasjonsprosedyrene og kravene til dokumentasjon for innreise i hvert enkelt land. Denne kontrollen vil skape færre problemer for reiser til Schengenområdet etter innføringen av reglene om yttergrensekontroll og felles visumregler, se Schengenkonvensjonen kapittel 2. For innreisetillatelse til statene i Schengensamarbeidet er det nå felles krav, noe som vil gjøre det enklere for flyselskapene når de skal foreta en kontroll av om en person har de dokumenter som kreves for innreise. Et annet problem er at det ofte ikke er det enkelte selskap som står for innsjekking, og kontroll, av passasjerene. På en stor flyplass vil det gjerne være slik at en person sitter i innsjekking av passasjerer på vegne av flere forskjellige selskap. Men selv om feilen er begått av et annet selskap, er det selskapet som bringer passasjerer inn i staten som blir holdt ansvarlig. Videre vil selskapet også holdes ansvarlig hvor de har kontrollert passasjerenes reisedokumenter før avreise, men hvor disse ved ankomst destinasjonslandet er blitt borte, typisk ved at passasjerene kaster dokumentene i toalettet, fordi de da ikke kan bevise at de har foretatt en tilfredsstillende kontroll¹. Det er blitt fremmet flere forslag om hvordan flyselskapene kan sikre seg mot at passasjerene kvitter seg med dokumentene. Et forslag er at flyselskapene beholder passasjerenes pass og andre reisedokumenter under reisen, og først gir dem tilbake til passasjerene ved ankomst destinasjonslandet. Et annet forslag er at flyselskapene lager fotokopi av dokumentene til ”mistenkkelige” passasjerer. Problemet her er at slike tiltak vil være både kostbare og tidkrevende.

Den enkleste, og for flyselskapene mest gunstige, løsning vil, hvor de mistenker en person for å være illegal innvandrers, være å nekte å ta denne personen om bord. Selv om denne personen hevder å være beskyttelsestrengende, vil flyselskapet trolig nekte å ta denne om bord, fordi de ikke vil utsette seg for risikoen for sanksjoner dersom personen ikke anerkjennes som flyktning i destinasjonslandet. Transportøransvaret tvinger også flyselskapene til å opptre diskriminerende, ved å plukke ut mistenkkelige personer basert på kriterier som passasjerenes hudfarge. Av redsel for bøter er det ikke bare passasjerer som mangler de nødvendige dokumenter som er blitt nektet ombordstigning, det finnes også

¹ Se Anna la Cour Bødtcher og Jane Hughes i ”The effects of legislation imposing fines on airlines for transporting undocumented passengers”, i ”The Effects of Carrier Sanctions on the Asylum System”, utgitt av Danish Refugee Council, oktober 1991, s.8. Heretter henvises til forfatterne.

eksempler på at flyselskapene har nektet å transportere passasjerer som har de nødvendige reisedokumenter¹. Hvor flyselskapene er blitt ilagt sanksjoner, oppstår det ofte strid mellom flyselskapene og de offentlige myndigheter. Dette skyldes, som regel, at flyselskapene mener de har utført en tilfredsstillende kontroll, og derfor nekter å betale de økonomiske sanksjonene. Dette er også situasjonen i Norge. Pr. 12 mars 2003 hadde Romerrike politidistrikt totalt utestående mot ulike flyselskaper 1230861,18 kroner². Problemet i Norge har også vært manglende tvangsgrunnlag i Utlendingsloven § 46 (3). Et krav mot utlendingen selv, eller garantist, vil ha tvangsgrunnlag i medhold av loven. For å kunne inndrive kravene overfor flyselskapene kreves imidlertid at man må ha dom for (tvangsgrunnlag) kravet.

For å bistå flyselskapene i deres arbeid har flere av medlemsstatene opprettet stillinger som Airport Liaison Officer³, heretter forkortet ALO. Disse er offentlig ansatt immigrasjonspersonale stasjonert ved medlemsstatenes ambassader og konsulater utenfor Schengenområdet. En undersøkelse av ALOs fremgangsmåter og det offentlige rapporter om deres virksomhet, viser ingen referanse til spørsmål om beskyttelse av flyktninger eller andre menneskerettslige aspekter⁴. Undersøkelsen viser snarere at fokus er rettet mot ren grensekontroll for å hindre ulovlig immigrasjon og informasjonsutveksling for å støtte strategiske tiltak mot menneskesmugling.

2.3 Flyktningbegrepet i Flyktningkonvensjonen.

2.3.1 Innledning

For å antyde i hvilke tilfeller sanksjoner overfor transportør ikke skal anvendes, jfr. forpliktelsene i henhold til Flyktningkonvensjonen, er det her, som nevnt, nødvendig å gjøre greie for flyktningbegrepet. Det vil her bare gis en oversikt over hovedelementene i begrepet, men emnet er utførlig behandlet i juridisk teori¹. Spørsmålet om hvem som generelt er berettiget til traktatrettslig vern som flyktning er regulert i Flyktningkonvensjonen Art.1. Denne artikkelen består av flere elementer som alle bidrar til dets definisjon og avgrensning, se Art. 1 A-F. Kjernesubstansen er gitt i Art. 1 A(2): "Any person who (...) owing to well-

¹ Se Anna la Cour og Jane Hughes, s.7

² Opplysninger skaffet til veie via henvendelse til politiinspektør Jan Erik Thomassen, ved Romerike politidistrikt.

³ Joint position of 25 October 1996, Official Journal L281/1

⁴ Se Jim Morrison, "The trafficking and smuggling of refugees: the end game in European asylum policy", juli 2000, heretter henviser bare til forfatter, s.42

founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country (...)”. Formuleringen av flyktningkonvensjonen er helt universell, den skal gjelde likt for alle mennesker, uansett hvilke land de kommer fra. Definisjonen i Art.1 er å anse som en legaldefinisjon, som innholdsmessig kan erstatte begrepet refugee overalt i Flyktningkonvensjonen².

2.3.2 Begrepet forfølgelse

Begrepet forfølgelse, ”persecution”, er ikke definert i Flyktningkonvensjonen. Men det er klart at det må dreie seg om krenkelser av en viss grovhet, alvorlig enkeltstående overgrep eller eventuelt krenkelser som inngår i et mønster som representerer et vedvarende, alvorlig inngrep i grunnleggende interesser knyttet til liv, frihet, helse eller sikkerhet³. Eksempler her er tortur, voldtekt og seksuell mishandling. Fordi det må dreie seg om handlinger av en viss grovhet, vil kortvarige fengselsstraffer og husransaker normalt falle utenfor. Forfølgelsen må skrive seg fra hjemlandets myndigheter. Enten direkte eller ved at myndighetene ikke vil eller ikke er i stand til å beskytte vedkommende mot forfølgelse. Man må mangle reell rettsbeskyttelse, det er dette som skiller flyktninger fra statsløse ikke-flyktninger, som ”kun” mangler formell rettsbeskyttelse⁴. Flyktningkonvensjonen setter altså ikke bare krav om at stater ikke selv skal begå eller medvirke til overgrep mot individene, den forbyr også at slike overgrep tolereres. Ordlyden i definisjonen skiller ikke mellom statlig og privat forfølgelse. I teori og praksis har det likevel vært omstridt om hvorvidt og i hvilke tilfeller privat forfølgelse kan gi grunnlag for flyktningstatus etter Flyktningkonvensjonen⁵. Blant annet i Frankrike og Tyskland har flyktningdefinisjonen i Flyktningkonvensjonen blitt tolket slik at privat forfølgelse ikke gir grunnlag for flyktningstatus. Den tolkning som gir best beskyttelse av flyktninger, er at konvensjonen får anvendelse hvor forfølgelsen skyldes rettsstatlig svikt i hjemlandet, uansett om selve forfølgelsen utøves av myndighetene eller private. Som

¹ Se for eksempel Terje Einarsen, ”Retten til vern som flyktning”, heretter henvises bare til forfatter.

² Se Terje Einarsen, s.263 flg.

³ Se Terje Einarsen s.267

⁴ Se Terje Einarsen s.268

⁵ Se Terje Einarsen s.312

oppsummering ka man si at det sentrale derved er at effektiv beskyttelse mot forfølgelse ikke kan eller ikke vil gis.

2.3.3 Kravet til forfølgelsesgrunn

Flyktningbegrepet i Flyktningkonvensjonen Art. 1 inneholder også et diskrimineringsaspekt. Frykten for forfølgelse må ha sammenheng med søkerens etniske, religiøse, sosiale eller politiske status i hjemlandet. Det må dreie seg om frykt for forsettlig, illegitime eller for øvrig diskriminerende inngrep eller overgrep rettet mot bestemte personer eller grupper i samfunnet. Det er her altså et krav om årsakssammenheng, den aktuelle eller potensielle forfølgelsen må være basert på en nærmere bestemt grunn for at en person skal være kvalifisert for flyktningstatus etter Flyktningkonvensjonen. På denne måten utelukkes helt tilfeldige ofre for vold, eller naturkatastrofer, samt personer som utelukkende søker beskyttelse av bekvemmelighetsgrunner¹.

2.3.4 Velbegrunnet frykt for å bli forfulgt

For at en person skal defineres som flyktning jfr. Flyktningkonvensjonen, kreves at frykten må være "well-founded", på norsk oversatt til at "frykten må være velbegrunnet"² eller at "personen må med rette frykte for forfølgelse"³. Definisjonen er her utformet på en slik måte at den åpner for og til dels påbyr en individuell vurdering av om søkeren oppfyller kriteriene for flyktningstatus. En konsekvens av dette er at en som søker beskyttelse ikke uten nærmere vurdering av søknaden kan nektes anerkjennelse og vern som flyktning i tilfluktsstaten⁴. Når det gjelder vurderingen av om den bestemte søkerens frykt er velbegrunnet, er det i praksis slik at de fleste som søker beskyttelse kommer fra land som er preget av politisk motivert voldsbruk, undertrykking av deler av befolkningen og menneskerettighetsbrudd, men hvor det i utgangspunktet er vanskelig å finne ut eller si akkurat hva søkeren har vært utsatt for eller kan risikere av alvorlige krenkelser i hjemlandet. Vurderingen av søkerens frykt må knyttes til de aktuelle forfølgelsesgrunnene, noe som vil

¹ Se Terje Einarsen, s.269

² Se Terje Einarsen

³ Se Eli Fisknes i "Utlendingsloven", kapittel 3, som, tilsynelatende, opererer med et snevrere flyktningbegrep enn hva Terje Einarsen gjør i "Retten til vern som flyktning".

⁴ Se Terje Einarsen s.271

kunne lette avgjørelsen. For øvrig er det noen viktige momenter¹ som bør inngå i vurderingen av om søkerens frykt er velbegrunnet. For det første vil en objektiv risiko for fremtidig forfølgelse alltid kunne danne selvstendig grunnlag for flyktningstatus, uavhengig av subjektiv frykt og tidligere forfølgelse. I de fleste saker hvor det skal avgjøres om en person skal anses som flyktning i Flyktningkonvensjonens forstand, er det nettopp denne konkrete, objektive risikoen som står i fokus for bedømmelsen. Det som vurderes er om det foreligger en tilstrekkelig risiko for et handlingsforløp, som hvis det materialiserer seg i virkelige hendelser, innebærer at søkeren blir offer for konkret forfølgelse i konvensjonens forstand. Tidligere forfølgelse vil også kunne være et moment for innvilgelse av flyktningstatus, særlig ved vurderingen av risikoen for fremtidig forfølgelse. Men tidligere erfart forfølgelse er ikke noen nødvendig betingelse for flyktningstatus. Ei heller vil det forhold at en har vært utsatt for forfølgelse i seg selv gi grunnlag for flyktningstatus, ettersom flyktningdefinisjonen retter seg mot fremtidig forfølgelse. Et siste moment som bør tas med i vurderingen av om det foreligger ”well-founded fear”, er søkerens subjektive frykt. Det må fremheves at en ubegrunnet subjektiv frykt i seg selv aldri vil kunne danne grunnlag for flyktningstatus jfr. Flyktningkonvensjonen. Men, hvor det er tvil om den objektive risikoen, vil søkerens subjektive frykt, særlig hvor den er utløst av erfarte overgrep i hjemlandet, kunne veie opp for mangler eller tvil når det gjelder den objektive risikoen for fremtidig forfølgelse.

2.3.5 Avsluttende bemerkninger om flyktningbegrepet i Flyktningkonvensjonen.

Et øvrig vilkår for å oppnå flyktningstatus jfr. definisjonen i Flyktningkonvensjonen Art. 1 er at søkeren må befinne seg utenfor det land han er borger av, jfr. bestemmelsens ordlyd: ”(...) is outside the country (...)”. Internflyktninger befinner seg innenfor sitt hjemlands grenser. Av denne grunn er de ikke flyktninger i konvensjonens forstand, selv om de er drevet på flukt fra sitt hjem av grunner som angitt i Flyktningkonvensjonen. At flyktningen må befinne seg utenfor hjemlandets grenser, medfører også at såkalt diplomatisk asyl faller utenfor.

Et diskusjonstema har vært hvorvidt sur place-flyktninger omfattes av flyktningbegrepet i Flyktningkonvensjonen. Med sur place-flyktninger menes personer som ikke hadde grunn til å

¹ Se Terje Einarsen s.392

frykte forfølgelse mens de befant seg i hjemlandet, men som har velbegrunnet frykt for forfølgelse der på grunn av omstendigheter som er inntrådt etter utreisen. Denne problemstillingen er de lege lata dekket av flyktningdefinisjonen. Men i nasjonal praksis er det likevel blitt foretatt et skille mellom objektive sur place-flyktninger og subjektive sur place-flyktninger.¹ Med objektive sur place-flyktning menes at det skjer slike endringer i de politiske forholdene i hjemlandet til en person som befinner seg utenfor landets grenser at han kan frykte forfølgelse der ved en retur. Med subjektive sur place-flyktning menes at en person som befinner seg utenfor hjemlandets grenser opptrer slik at han kan frykte forfølgelse ved en retur. I den nasjonale praksis er det blitt lagt til grunn at flyktningbegrepet i Flyktningkonvensjonen ikke omfatter subjektive sur place-flyktninger². Hvor vidt det finnes et forsvarlig rettskildegrunnlag for en slik innskrenkende tolking i disfavør av individet, kan diskuteres, men i denne fremstilling vil det føre for langt å drøfte dette nærmere.

2.4 Nærmere om Schengenkonvensjonen Art. 26

2.4.1 Overfor hvilke transportører får reglene i Schengenkonvensjonen Art. 26 anvendelse?

Definisjon av begrepet transportør er gitt i Schengenkonvensjonen Art.1, hvor transportør defineres som enhver fysisk eller juridisk person som utfører yrkesmessig lufttransport, sjøtransport eller landtransport av personer. At det bare er yrkesmessig transport som rammes, medfører at ikke privatpersoner kan pålegges samme type kontrollansvar som angitt i Art. 26. Men hvor en privatperson bringer med seg inn i Schengenområdet personer som mangler innreisetillatelse, kan de bli straffet for det, se for eksempel Schengenkonvensjonen Art. 27. At reglene om kontroll av reisedokumentene skal foretas av alle de tre typene av transportører, er gjentatt i Schengenkonvensjonen Art. 26. Likevel har praksis³ i de enkelte land, blant annet i Danmark og Luxemburg, vært at det bare har vært innført sanksjoner overfor flyselskapene. I praksis har sanksjoner overfor landtransportører nesten aldri blitt ilagt. At sanksjoner og ansvar skal gjelde for alle tre typer av transportører er en klar forpliktelse, jfr. ordlyden i Art. 26, slik at en må regne med at partenes praksis her må

¹ Et slikt skille er blant annet gjennomført i norsk rett, se Rt. 1991 s. 586

² Se Terje Einarsen, s.274

³ Alle henvisninger til praksis i dette kapitlet, gjelder den praksis som fremgår av, den ovenfor nevnte, ECREs rapport fra 1999.

endres¹. Videre skal ansvar og sanksjoner overfor transportører bare kunne ilegges dersom transportselskapene bringer med seg passasjerer som mangler nødvendige reisedokumenter eller av andre grunner nektes innreise, inn på konvensjonspartenes territorium, dette er det gitt uttrykk for i flere bestemmelser i Art. 26. Det følger av dette at ilegging av ansvar og sanksjoner ikke skal gjelde ved innreise over indre Schengengrense. I Norge ble det gjort klart at ilegging av ansvar og bøtelegging av transportselskapene ikke skulle gjelde ved passering av indre Schengengrense ved en endring av Utlendingsforskriften § 93². Dette er en klar forutsetning, jfr. Art. 26, og det ville stride mot de grunnleggende regler i Schengenkonvensjonen om avskaffelsen av kontroll på de indre grenser dersom statene skulle opprettholdt at disse reglene også skulle gjelde ved passering av de indre grenser.

2.4.2 Hva slags kontroll er det transportselskapene skal utføre?

Når det gjelder den kontrollen som kreves etter Schengenkonvensjonen Art. 26, er dette en kontroll av at passasjerene er ”i besittelse av de reisedokumenter som kreves for innreise”. Med reisedokumenter menes i denne forbindelse pass (og andre identifikasjonspapirer) og innreisetillatelse i form av visum. Det er her bare et krav om ”besittelse”, det er ikke stilt noe krav i bestemmelsen at transportselskapene også må kontrollere reisedokumentenes ekthet. At asylsøkere ofte bruker forfalskede dokumenter for å ta seg inn i Europa er viden kjent. Et av hensynene bak reglene om ansvar og sanksjoner overfor transportselskapene når det gjelder deres kontroll av reisedokumenter, er å bekjempe illegal innvandring. Dette tilsier at transportselskapene også må kontrollere reisedokumentenes ekthet. Et slikt ansvar følger vel også av teksten, den taler om de ”nødvendige” dokumenter, forfalskninger vil jo ikke oppfylle et slikt krav. Dersom det oppdages at en passasjer har forfalskede reisedokumenter vil jo følgen bli at transportselskapene nekter å ta denne personen om bord. Den kontroll som flyselskapene foretar, bør derfor både omfatte at passasjerene har de nødvendige reisedokumenter og at disse er ekte.

Et annet spørsmål er hva slags skyldkrav som gjelder for at transportselskapene skal ilegges ansvar og sanksjoner. Hvor det foreligger brudd på kontrollplikten; transportselskapet har

¹ I forbindelse med Norges tilslutning til Schengenregelverket ble ansvaret i Utlendingsloven § 46 utvidet fra luft- og sjøtransport til også å gjelde for landtransport. Disse endringene trådte i kraft 25 mars 2001.

² Trådte i kraft 25 mars 2001.

brakt med seg en passasjer som mangler de nødvendige reisedokumenter, inntre da ansvar og sanksjoner automatisk? Har transportselskapene et objektivt ansvar for at deres passasjerer er i besittelse av de nødvendige dokumenter? Eller kan transportselskapet slippe å bli pålagt ansvar og sanksjoner hvor de kan vise til at de ved sin kontroll av passasjerenes dokumenter har opptrådt aktsomt? Konvensjonsteksten lar dette spørsmålet stå åpent. Praksis i de forskjellige medlemslandene har vært noe ulik med hensyn til dette spørsmålet. I norsk rett inntre sanksjoner hvor partene har utvist forsett eller uaktsomhet, se Utlendingsloven § 47, første ledd, bokstav a. I Portugal forekommer sanksjoner i form av bøtelegging bare i de tilfellene hvor transportselskapet har opptrådt grovt uaktsomt. Det er også regler i enkelte av medlemsstatene om at selskapene kan slippe sanksjoner i form av bøter dersom de kan bevise at de har opptrådt aktsomt, slike og liknende regler finnes blant annet i Frankrike og Belgia. Etter disse regler kunne sanksjonene overfor transportselskapene lempes i de tilfeller hvor passasjerene ved innsjekking er i besittelse av de nødvendige reisedokumenter, men hvor disse forsvinner under reisen, typisk at de kastes i do. Det vil her likevel kunne oppstå vanskelige bevissspørsmål, men hvor transportselskapene kan dokumentere, gjerne i form av fotokopi (vanskelig å få gjennomført i praksis, se om flyselskapenes rolle ovenfor i kapittel 2.2), at de har opptrådt aktsomt, vil dette gi grunnlag for å la transportselskapene slippe å bli ilagt ansvar eller sanksjoner. Reelle hensyn taler for at statene ikke skal ilegge transportselskapene et objektivt ansvar. Å ilegge transportselskapene ansvar og store bøter i tilfeller hvor de ikke kan bebreides for å ha transportert en utlending som mangler tilfredsstillende dokumenter kan gi svært urimelige resultater, både for transportselskapene og eventuelle flyktninger, se mer om dette nedenfor i kapittel 3. Som oppsummering, basert på at konvensjonsteksten ikke sier noe om det og at praksis er ulik, kan man hevde at det er opp til statene selv å angi hva slags skyldkrav transportselskapene skal pålegges.

2.4.3 Begrepet sanksjoner.

At statene kan ilegge sanksjoner overfor transportør har hjemmel i Schengenkonvensjonen Art. 26 nr.2. Hvilken mening begrepet sanksjon skal tillegges sier artikkelen ikke noe om. Medlemsstatene har også hatt ulik praksis når det gjelder disse sanksjonene. Det kan i denne sammenheng være hensiktsmessig å skille mellom sanksjoner i form av dekning av de utgifter og sanksjoner i form av bøter.

Praktiseringen av sanksjoner i form av bøter, har lenge vært praktisert i konvensjonsstatene, men størrelsen på disse bøkene har vært forskjellige. En harmonisering av disse sanksjonene er nå vedtatt i, det tidligere nevnte, direktivet av 2001. Her ble det fremhevet at reglene om sanksjoner skal ha en avskrekkende virkning, være effektive og stå i et rimelig forhold til overtredelsen. Det ble også fastsatt regler om minstebeløp ved overtredelse av de forpliktelser som påhviler transportselskapene. I denne forbindelse er det verdt å nevne de forberedende rettsakter til direktivet¹ hvor det ble foreslått at minstebeløpet skulle være på 2000 Euro per person som ble transportert. Regelen ble fulgt opp og vedtatt i direktivets Art. 4, men størrelsen på bøkene ble hevet, slik at minstebeløpet nå er på 3000 Euro. Direktivet gikk også et skritt videre ved blant annet å angi regler for beregning av maksimumbeløp, og minstebeløp hvor det er mange som blir transportert. I følge direktivet Art. 7 nr.1 skal medlemsstatene treffe de nødvendige foranstaltninger for å etterkomme direktivet senest innen 11 februar 2003. I Norge var disse bøkene på 20 000 kroner² per 1. mars 2003. Om vi antar at 1 Euro er ca 7.8 kroner følger det at bøkene i Norge skal være på minst 23 400 kroner. En skal likevel være forsiktig med å hevde at Norge her bryter med forpliktelsene i direktivet, valutakurser svinger ofte, og det må være rom for å gi statene litt ”slingringsmonn” her. Det er her også grunn til å peke på at det er et særtrekk ved Norges (og Islands) deltakelse i Schengensamarbeidet er at vi ”bare” deltar på folkerettslig grunnlag. Fordi direktivet er utferdiget etter at Schengensamarbeidet ble integrert i EU, og en står overfor innføring av nye regler, må Norge på selvstendig grunnlag ta stilling til om de skal beslutte å godta direktivet. De Schengenstatene som er EU-medlemmer er derimot forpliktet til å gjennomføre direktivets bestemmelser jfr. Romatraktaten Art. 189³. Om direktivet er gjennomført i norsk rett er usikkert¹, uansett foreligger det her ingen motstrid mellom praksis i Norge og direktivets regler om bøkens størrelse.

Når det gjelder sanksjoner i form av dekning av utgifter, finner en heller ingen klar hjemmel i konvensjonens Art. 26 nr.2. At slike utgifter er blitt avkrevd transportselskapene i

¹ Se ”Initiativ fra Den Franske Republik med henblikk på vedtagelse af Rådets direktiv om harmonisering af de økonomiske sanktioner, der pålægges transportvirksomheder, som befordrer tredjelandstatsborgere uden de nødvendige papirer ind på medlemsstaternes område, 2000/C 269/06.

² Jfr. henvendelse til Jan Eirik Thommasen, politiinspektør ved Romerike politidistrikt.

³ Traktaten om Det europeiske fellelskap, EF-traktaten, av 25 mars 1957. Det er gitt regler om direktiver i EF-retten, blant annet om hvordan de skal gjennomføres for å bli bindende overfor borgerne, men dette vil falle utenfor tema i denne fremstilling.

en årrekke, gir rapporten om statenes praksis klare svar på. Alle medlemsstatene i Schengensamarbeidet har, noen på visse vilkår, hatt lovgivning som pålegger statene å dekke disse utgiftene. Art. 26 sier ikke noe om slike sanksjoner, men det følger som en naturlig konsekvens av plikten for transportør til å ta ansvar for en passasjer som nektes innreise i Schengenkonvensjonen Art. 26 nr. 1, og av statenes praksis at transportselskapene også må holdes ansvarlig for utgifter som oppstår i forbindelse med uttransporteringen. Noen stater, for eksempel Belgia og Luxemburg, foreskriver ytterligere sanksjoner overfor transportører som ikke oppfyller sitt kontrollansvar. Her holdes ikke transportselskapet bare ansvarlig for de utgifter som oppstår i forbindelse med utsending av denne personen, men for alle kostnader forbundet med utlendingens tilstedeværelse på territoriet. De utgifter som her kan kreves dekket er utgifter i forbindelse med fengsling av utlendingen, i de tilfelle hvor det er nødvendig, utgifter til eventuell medisinsk hjelp o.s.v. Art. 26 nevner ikke noe om slike bøter, og kan tolkes dit hen at den ikke er til hinder for en slik praksis. I tillegg er det klart angitt i direktivet Art. 5 at statene kan innføre andre sanksjoner i tillegg til de harmoniserte reglene om bøtenes størrelse.

2.4.4 Om praktiseringen av Art. 26 når personer som søker beskyttelse er involvert.

Schengenkonvensjonen Art. 26 henviser, som nevnt, til Flyktningkonvensjonen, det må derfor være dennes definisjon av flyktning, som beskrevet under kapittel 2.3, og regler om vern av forfulgte som må legges til grunn. Den normale forståelse av denne henvisning må være at reglene om ansvar og sanksjoner overfor transportørene ikke skal ilegges dersom en står overfor en person, uten nødvendige reisedokumenter, som er flyktning i Flyktningkonvensjonens forstand. Henvisningen til Flyktningkonvensjonen innebærer at det tas inn et snevert flyktningbegrep. Det kan i virkeligheten dreie seg om ganske mange andre som er beskyttelsestrengende, for eksempel subjektive sur place-flyktninger og personer som forfølges av andre grunner enn de som er angitt i Flyktningkonvensjonen Art. 1 A (2). Statenes praksis med hensyn til om sanksjonene overfor transportselskapene skal bortfalle når passasjeren uten de nødvendige reisedokumenter er flyktning, er forskjellig. Stater hvor man også i disse tilfellene ilegger sanksjoner er, blant annet, Østerrike, Danmark, Hellas og

¹ Jeg har dessverre ikke lyktes i å komme i kontakt med noen i Det norske utenriksdepartement som kan gi noe svar på dette spørsmålet.

Portugal. Den riktige praksis her, jfr. ordlyden i Schengenkonvensjonen Art. 26, må være at transportøransvaret ikke skal komme til anvendelse når man står overfor flyktninger.

Et annet spørsmål er om henvisningen til Flyktningkonvensjonen i Art. 26, også medfører at transportøransvaret ikke skal få anvendelse dersom den personen man står overfor hevder å være flyktning. Ordlyden i Art. 26 gir ikke noe nærmere svar på dette. Stater hvor man har innført spesielle regler når man står overfor personer som hevder å være flyktninger er blant annet Belgia, Frankrike, Finland, Luxemburg, Tyskland og Norge. En generell beskrivelse av praksis i disse statene¹ viser at i disse sakene frafalles sanksjonene så sant ikke søknaden er åpenbart grunnløs (Belgia, Frankrike, Norge og Luxemburg) eller de oppheves dersom søkeren gis en positiv status (Finland og Tyskland), i disse tilfellene status som flyktning, eller opphold på såkalt humanitært grunnlag. Mens andre stater, som nevnt ovenfor, ilegger ansvar og sanksjoner overfor transportselskapene uavhengig av om personen uten de nødvendige reisedokumenter hevder å være flyktning eller ei. Praksis når det gjelder spørsmålet om sanksjoner skal ilegges også når man står overfor personer som søker beskyttelse er altså ikke entydig.

Direktivet har en liknende henvisning som Schengenkonvensjonen Art. 26 til Flyktningkonvensjonen, under Rådets betraktninger nr.3. I direktivets Art. 4 nr.2 bestemmes det dog at reglene om sanksjoner som nevnt i direktivets Art.4 nr.1: ”berører ikke medlemsstaternes forpliktelse i tilfælde, hvor tredjelandsborgere søger international beskyttelse”. I denne forbindelse må også nevnes de forberedende rettsakter til direktivet, se overfor i kapittel 2.4.3, hvor Rådet under sine betraktninger nr.2, presiserer at medlemsstatene ikke skal anvende sanksjoner når en tredjelandsborger får adgang til statenes territorium i kraft av asylretten. Dette må kunne tolkes dit hen at sanksjoner ikke skal anvendes i de tilfeller der søkeren enten får asyl eller opphold på såkalt humanitært grunnlag. Bestemmelsene er noe uklare, men begrepet søker internasjonal beskyttelse kan forstås slik at transportøransvaret skal bortfalle i det øyeblikk den aktuelle personen legger inn en søknad om beskyttelse. I så tilfelle må det tas forbehold overfor de åpenbart grunnløse søknader. At det er mange beskyttelsestrengende som ikke omfattes av flyktningbegrepet taler for en vid forståelse av reglene, slik ordlyden i direktivet gir uttrykk for. Jeg kommer etter dette til at reglene om

¹ Reglene er noe ulike i de forskjellige land, det er blant annet innført spesielle unntak, her har jeg bare beskrevet de felles hovedtrekkene.

transportøransvar i Schengenkonvensjonen Art. 26 ikke skal anvendes dersom en står overfor en person som søker beskyttelse, forutsatt at ikke denne søknaden er åpenbart grunnløs.

3 Forholdet til internasjonale regler om beskyttelse av flyktninger.

3.1 Innledning

3.1.1 Ansvar for beskyttelse, et internasjonalt problem

I prinsippet er hver stat ansvarlig for sine innbyggere. Hvor staten ikke vil, eller ikke kan, oppfylle sitt ansvar for å beskytte sine borgere, blir ansvaret for beskyttelse et internasjonalt problem. Det er brudd på menneskerettigheter som skaper flyktninger, og det har vært vanlig å anse lovgivningen om flyktninger som *lex specialis* i forhold til de mer generelle menneskerettighetene. Selv om det foreligger internasjonale regler om beskyttelse av flyktninger, har statspraksis vist en motstand blant statene mot å oppgi sin suverene rett til å kontrollere immigrasjon og begrense ankomsten av flyktninger.

3.1.2 Forutsetninger.

Når jeg i skal vurdere reglene om ansvar for og bøtelegging av transportselskaper opp mot internasjonale regler om beskyttelse av flyktninger, må følgende forutsetning legges til grunn. Det må antas at hvor transportselskapene står overfor en person uten de nødvendige reisedokumenter, vil de av frykten for ansvar og sanksjoner, nekte å ta denne personen om bord. Selv om personen hevder å være beskyttelsestrengende, slik at transportselskapets ansvar og sanksjoner kan lempes, se tolkingen av Art. 26 i kapittel 2.3, er det likevel grunn til å anta at de nektes adgang til transportmidlet. Transportselskapene er ikke immigrasjonsmyndigheter, og har ikke forutsetninger for å skille mellom personer som er beskyttelsestrengende og andre immigranter. Tilhengere av lovgivning om ansvar og sanksjoner overfor transportører som bringer med seg passasjerer uten reisedokumenter, har hevdet at denne type lovgivning neppe vil berøre flyktninger, fordi disse sjelden reiser med fly, og at de uansett vil ha muligheter til å skaffe de nødvendige reisedokumenter før avreise¹. Dette er tvilsom argumentasjon. Det som kjennetegner en flyktning er at han/hun er i en nødssituasjon, og vil derfor trolig bruke ethvert tilgjengelig middel til å flykte. En person som er direkte truet av nasjonale myndigheter, eller som mangler beskyttelse av annen grunn, vil ikke, verken trygt eller enkelt, kunne kontakte sine myndigheter for å få de nødvendige dokumenter.

Videre vil ikke det forhold at en hevder å være flyktning gi innreisetillatelse, i form av visum, til et trygt land. Det norske justisdepartement uttalte om visumpolitikken: "Søkes det på det

grunnlag at vedkommende er forfulgt, er en utenfor området for besøksvisum. Heller ikke da har for øvrig søkeren noe rettslig krav på å få oppholdstillatelse, i det asylretten er begrenset til de søkerne som er kommet til landet...’’². Jeg legger etter dette til grunn at reglene om ansvar og sanksjoner overfor transportselskapene, jfr. Schengenkonvensjonen Art. 26, gjør det vanskeligere for flyktninger å ta seg til et land hvor de kan søke beskyttelse.

3.1.3 De mest sentrale konvensjonene som omhandler flyktningers rettigheter.

Det viktigste internasjonale rettsinstrument som er utformet for å ivareta flyktningers behov for beskyttelse er Flyktningkonvensjonen. I regi av FN er det blitt utarbeidet et rettslig og institusjonelt rammeverk som i hovedsak består av en Høykommissær³ med kompetanse til å sørge for at flyktninger får den nødvendige assistanse og beskyttelse, og en konvensjon om flyktningers rettsstilling, Flyktningkonvensjonen. Konvensjonen sikrer først og fremst personer beskyttelse mot forfølgelse. I konvensjonens fortale manes det til internasjonalt samarbeid, fordi beskyttelse av flyktninger kan medføre store byrder for de land som tar i mot mange flyktninger. Konvensjonen inneholder, som redegjort for i kapittel 2.3 en definisjon av begrepet flyktning. Men konvensjonen har ingen uttrykkelige bestemmelser om rett til å få innvilget noen særstatus som flyktning, eller noen plikt for landene til å operere med et eget institutt kalt ”asyl”. En direkte henvisning til ”asyl” er gitt i VM art. 14: ”everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution”. VM er et universelt regelverk med formål⁴ om blant annet å sikre ”respekt for menneskerettigheter og grunnleggende friheter for alle uten hensyn til rase, kjønn, språk eller religion”. Formålet med en rettighet til å søke og å nyte asyl, slik dette fremgår av VM Art.14, er i alminnelighet at personer som med god grunn frykter for forfølgelse skal kunne få vern mot enhver form for (uberettiget) forfølgelse. I folkeretten brukes gjerne begrepet asyl om statlig beskyttelse av flyktninger og andre som frykter å bli utsatt for alvorlige overgrep i sitt hjemland, og som derfor har søkt tilflukt eller må oppholde seg i en annen stat⁵. Det foreligger ingen entydig

¹ Se Erika Feller i ”Carrier Sanctions and International Law”, i International Journal of Refugee Law Vol.1 No.1, 1989, s.56

² Jfr. Ot. Prp nr. 46 om Utlendingsloven, 1986-87, s.116

³ Jfr. Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees av 1950

⁴ Jfr. VM Art.1

⁵ Se Terje Einarsen, s.30

betydning av begrepet, men det kobles ofte sammen med begrepet flyktning¹. I en viss forstand er både ”flyktning” og ”asyl” koblingsbegreper som strengt tatt er unødvendige i det rettslige resonnement. Hovedsaken er at mennesker som utsettes for forfølgelse har rett til å søke og å nyte en viss form for beskyttelse.

Et tredje viktig, og for statene bindende, internasjonalt regelverk er EMK. Dennes formål er å gi beskyttelse mot brudd på menneskerettighetene. Den inneholder ingen bestemmelser som direkte angår flyktninger og andre som trenger beskyttelse, men i EMK Art. 3 foreligger en bestemmelse som likevel vil ha betydning for disse, se mer om dette nedenfor. På mange måter kan man si at EMK inneholder et mer effektivt vern enn Flyktningkonvensjonen. Dette skyldes blant annet at EMK er fulgt opp med et overnasjonalt overvåkingsorgan, Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD), og ved at man har individuell klagerett ved brudd på konvensjonen. Videre vil også EMK i prinsippet kunne gi beskyttelse av en større krets av personer enn de som dekkes av Flyktningkonvensjonens flyktningbegrep. I motsetning til Flyktningkonvensjonen, kan EMK ikke fravikes, verken av hensynet til rikets sikkerhet eller av behovet for utvisning av kriminelle, jfr. EMK Art. 15.

3.2 Retten til å søke og å nyte asyl, jfr. VM Art. 14

3.2.1 Hva betyr det at et menneske har en rett til å søke og å nyte asyl?

Det finnes ingen universell regel om plikt for statene til å gi asyl til flyktninger. Ingen stat er forpliktet til å innvilge asyl, med mindre den er bundet av spesielle regler. Det har flere ganger vært tatt initiativ til å etablere en internasjonal regel om rett til asyl for flyktninger og andre beskyttelsestrengende. Et eksempel her er Europarådets anbefaling fra 1961, som tok til orde for at det skulle inkluderes en artikkel om retten til asyl i en protokoll til EMK, denne anbefalingen ble aldri fulgt opp². I forarbeidene til VM ble det fremmet forslag om at ”everyone has the right to seek and be granted asylum”. Dette forslaget møtte store protester, fordi en rett til innvilgelse av asyl ble ansett for å berøre statenes suverenitet i større utstrekning enn statene ville kunne akseptere³. Derfor ble det i VM Art. 14 bare fastslått en rett til å ”søke” asyl. At VM Art. 14 taler om ”...a right to enjoy asylum”, innebærer ikke at en har

¹ Se for eksempel i norsk rett hvor det er et krav for å få asyl, jfr. utlendingsloven § 17, at søkeren er flyktning i Flyktningkonvensjonens forstand.

² Se Vigdis Vevstad, s.151

³ Se Vigdis Vevstad, s.172

krav på permanent opphold eller formalisert status, det avgjørende må være at en person har vern mot forfølgelse og som utgangspunkt blir behandlet som en person med rettigheter og ansvar som ethvert annet menneske¹.

3.2.2 Er Schengenkonvensjonens regler om transportøransvar i strid med retten til å søke og å nyte asyl i VM Art.14.

Som forutsatt overfor har lovgivning om transportøransvar som konsekvens at potensielle flyktninger hindres i å rømme og å komme til et trygt land hvor de kan søke asyl. Det blir derfor et spørsmål om det i VM Art. 14 kan innfortolkes et krav om at flyktninger må ha tilgang til territoriet. UNHCR har² "...called upon States that have adopted a number of measures aimed at discouraging abusive use of asylum procedures to ensure that these measures have no detrimental effect on the fundamental principles of international protection, including on the institution of asylum". Det er viktig at transportøransvaret utøves på en slik måte at retten til å søke asyl ikke blir illusorisk. Fordi transportøransvaret, jfr. Schengenkonvensjonen Art. 26, ikke får anvendelse hvor de personer som saken dreier seg om er beskyttelsestrengende, er transportøransvaret, i teorien, ikke i strid med retten til å søke asyl i VM Art. 14. Transportselskapene trenger i disse tilfellene ikke frykte ansvar og sanksjoner, og kan transportere passasjerer uten reisedokumenter, dersom disse søker beskyttelse i destinasjonslandet, og denne søknaden ikke anses som åpenbart grunnløs. Dermed gis flyktninger og andre beskyttelsestrengende en mulighet til å få tilgang til territoriet og til å søke asyl. At innføringen av sanksjoner, i praksis, vil kunne ha en negativ virkning på flyktningers muligheter for å komme seg til et trygt land for å søke asyl anses ikke tvilsomt, som nevnt vil flyselskapene normalt nekte å ta med passasjerer som mangler de nødvendige reisedokumenter. Konklusjonen må etter dette bli at reglene i Schengenkonvensjonen Art. 26 om transportøransvar ikke er i strid med VM Art. 14.

3.3 Om menneskers rett til å forlate et land.

¹ Se Terje Einarsen, s.114

² Report of Executive Committee, 38 th Session, 1987, General Conclusions on International Protection: UN doc A/AC. 96/702, s.36

En persons rett til å forlate ethvert land, inkludert sitt eget, er fastslått i VM Art. 13(2), ”Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country”, og bekreftet senere i konvensjonen om sivile og politiske rettigheter Art. 12(2). Hvis resultatet av praktiseringen av et transportøransvar blir at transportselskapene ikke tør passasjerene om bord, vil dette være i samsvar med bestemmelsene i VM og konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. Men reglene om retten til å forlate sitt land retter seg mot hjemlandet, og ikke mot de land man måtte ønske å dra til. Derfor vil reglene om transportøransvar ikke medføre noe brudd på VM Art. 13(2) eller konvensjonen om sivile og politiske rettigheter Art. 12(2).

3.4 Om transportøransvaret er i strid med Flyktningkonvensjonen Art. 31

3.4.1 Nærmere om Flyktningkonvensjonen Art. 31

Flyktningkonvensjonen art. 31 forutsetter at flyktninger ofte må bruke ulovlige midler for å få innreise til en stat, og fremholder at dette ikke skal få noen virkning for dem dersom de innen rimelig tid presenterer seg for myndighetene i destinasjonslandet. Art. 31 bestemmer at straff ikke skal ilegges hvis personen det gjelder kan ”show good cause” for at han/hun ankom illegalt. Det er indikasjoner i forarbeidene på at det faktisk at en kommer fra et land hvor ens liv eller frihet er truet, i seg selv er bevis for ”good cause” for ulovlig innreise¹. Prinsippet om at statene ikke skal innføre straff overfor flyktninger som har ankommet ulovlig, kan også ses som et utslag av nødrettsprinsippet. Med nødrett menes retten til å begå et lovbrudd for å berge seg selv eller andre ut av en nødssituasjon på bekostning av en annens rett². Det er tidligere nevnt at en flyktning normalt befinner seg i en nødssituasjon. Det følger derfor også av nødrettsprinsippet at en flyktning må kunne bruke ulovlige midler for å få innreise til et land.

¹ Se Erika Feller, ”Transport Carriers and Refugee Protection”, i ”The Role of Airline Companies in the Asylum Procedure”, utgitt av Danish Refugee Council, juli 1988, s.10

² Dette er et internasjonalt anerkjent prinsipp, som i norsk rett kommer til uttrykk i Straffeloven av 22 mai 1902 nr. 10 § 47.

3.4.2 Medfører reglene om transportøransvar et brudd på forpliktelsene jfr.

Flyktningkonvensjonen Art. 31?

Problemet her er at sanksjonene ikke gjennomføres direkte overfor flyktninger som tar seg ulovlig inn i et land, men overfor de som bringer dem inn på territoriet, nemlig transportselskapene. På denne måten blir flyktningene her indirekte straffet, men dette strider likevel ikke mot Art. 31 isolert sett. Men, som nevnt, må Flyktningkonvensjonens bestemmelser tolkes i lys av deres formål og kontekst. Hvor transportselskapene da blir straffet, i form av ansvar og sanksjoner, for å bringe med seg en flyktning som mangler de nødvendige reisedokumenter vil dette være i strid med Flyktningkonvensjonen Art. 31. Men det er i Schengenkonvensjonen Art. 26 tatt forbehold for de forpliktelser som følger av Flyktningkonvensjonen, og det følger av tolkningen av bestemmelsen under kapittel 2.3 at sanksjoner ikke skal anvendes hvor man står overfor flyktninger (eller andre som søker beskyttelse). Dette betyr at reglene om transportøransvar, slik disse fremgår av Schengenkonvensjonen Art. 26 ikke er i strid med Flyktningkonvensjonen Art. 31.

3.5 Om reglene om transportøransvar er i overensstemmelse med prinsippet om non-refoulement.

3.5.1 Begrepet non-refoulement

Prinsippet om non-refoulement innebærer at man ikke kan returnere en person til et område hvor forfølgelse kan fryktes. På traktatrettens område ble forbudet mot refoulement første gang uttrykt i 1933, i "League of Nations Convention relating to the International Status of refugees" Art.3 punkt 1¹. Non-refoulement prinsippet er blitt omtalt som et "peremptory principle of international law"², dette innebærer i så fall at det er tale om et prinsipp i den alminnelige folkerett, og at dette er ufravikelig (jus cogens)³. Hvorvidt prinsippet har fått slik status, skal det ikke sies noe sikkert om her, men i så tilfelle blir prinsippet også bindende for stater som ikke har ratifisert Flyktningkonvensjonen (eller noen av de andre konvensjonene som inneholder et slikt prinsipp).

¹ Se Terje Einarsen s.96.

² Eli Fisknes bruker denne betegnelse, se s.16

³ En slik oppfatning gir Terje Einarsen uttrykk for, se s.97

Den viktigste bestemmelsen om prinsippet om non-refoulement er gitt i Flyktningkonvensjonens Art. 33: "No Contracting State shall expel or return ('refouler') a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion". Ordlyden er her noe annerledes enn i flyktningdefinisjonen i Flyktningkonvensjonen Art. 1A. Det er likevel ikke meningen at kriteriene for å bli beskyttet av non-refoulement skal være strengere enn kriteriene for å oppnå status som flyktning, jfr. forarbeidene til Flyktningkonvensjonen¹. Referansen i Art. 33 til "where his life or freedom would be threatened", ble innført for å gjøre det klart at prinsippet ikke bare skulle gjelde i forhold til flyktningens hjemland, men til ethvert land hvor denne kunne frykte forfølgelse. Non-refoulement prinsippet får anvendelse både hvor flyktningen er kommet inn på statenes territorium, og på grensen. Flyktningkonvensjonen Art. 33 nevner ikke noe uttrykkelig om avvisning på grensen, men reelle hensyn tilsier at beskyttelsen ikke bør avhenge av det faktum at vedkommende faktisk har greid å krysse grensen. Den vanlige oppfatning av prinsippet² er også at det hindrer retur fra territoriet og avvisning på grensen.

Prinsippet om non-refoulement kommer også til anvendelse i EMK. Bestemmelsen i EMK Art. 3 tolkes slik at statene er forpliktet til ikke å utvise eller tvangsutsende en person til et land hvor det er påvist gode grunner for å tro at vedkommende løper en reell risiko for å bli utsatt for å bli utsatt for tortur eller for umenneskelig behandling eller straff. Som nevnt er det flere personer som er beskyttet av denne bestemmelsen, enn av bestemmelsen i Flyktningkonvensjonen Art. 33. Spørsmålet i forhold til EMK, er hvilke krenkelser som dekkes. I Soering-saken³ ble det uttalt at krenkelsene må overgå et visst minimum av alvorlighet og voldsomhet. Det foreligger her fortsatt uløste spørsmål⁴, men utgangspunktet bør være at kjernesubstansen i vernet etter EMK Art. 3 og Flyktningkonvensjonen Art. 33 ikke anvendes vesentlig forskjellig.

¹ Se Vigdis Vevstad, s.147

² Se Vigdis Vevstad, s. 162.

³ Soering v. United Kingdom, Judgement of 7.7 1989. Series A Vol 161, s.8

⁴ Se Terje Einarsen, s.435

Et uttrykk for non-refoulement prinsippet er også gitt i Torturkonvensjonen¹.

Torturkonvensjonen Art. 3 gir uttrykk for at en person ikke kan sendes ut eller utleveres til et land hvor denne personen risikerer tortur eller annen inhuman behandling. I

Torturkonvensjonen brukes betegnelsen ”tortur” for å beskrive hvilke krenkelser som omfattes. Arten av de krenkelser som kan bringe forbudet mot non-refoulement til anvendelse, er altså noe snevrere enn etter Flyktningkonvensjonen Art. 33.

3.5.2 Om reglene om transportøransvar er i strid med prinsippet om non-refoulement.

Tilgang til territoriet, likeså tilgang til asylprosedyrene er en svært viktig del av beskyttelsen av flyktninger. Reglene om transportøransvar gjør det vanskeligere for en flyktning å rømme fra det land hvor man er forfulgt, og å søke beskyttelse i et trygt land. I 1998 ga Europarådets parlamentariske forsamling en anbefaling² til medlemsstatene ”... to make arrangements so that those who are still in the country where they are persecuted may be able to exercise their right to asylum with regard to Council of Europe Member States”. Det er nok likevel å tolke Flyktningkonvensjonens prinsipp om non-refoulement for langt å anta at det forutsetter et forbud mot å hindre søknader om beskyttelse mens den aktuelle flyktning er i sitt hjemland. Dette følger også av en uttalelse fra UNHCR³: ”International protection cannot come into play as long as a person is within the territorial jurisdiction of his home country”. Non-refoulement prinsippet vedrører bare personer som allerede har flyktet og/eller har spurt om beskyttelse ved grensen. Hvor refoulement er en påregnelig konsekvens av en medlemsstats tjenestemann, eller av private, her i form av transportselskapene, som er pålagt eller gitt i oppdrag å handle på statens vegne i denne forbindelse, vil det kunne foreligge et brudd på konvensjonsforpliktelsene om forbud mot refoulement. Årsakssammenhengen vil her imidlertid være såpass uklar, eller vanskelig å avdekke i forhold til en bestemt person, at vernet mot refoulement blir nokså illusoriske i disse tilfelle.

Enkelte motstandere av innføring av transportøransvar har anført at transportselskapenes nektelse av å ta en person som frykter forfølgelse om bord, har nøyaktig de samme konsekvenser som å returnere en person til et slikt område⁴. For å beskrive denne

¹ “Convention against torture and other cruel or inhuman or degrading treatment or punishment” av 10 desember 1985.

² Se Vigdis Vevstad, s.229

³ UNHCRs håndbok fra september 1979; ”Handbook on procedures and criteria for determining refugee status”

⁴ Se Antonio Cruz, ”Shifting Responsibility: Carrier Sanctions in The European States”, 1994, s. 75

effekten er det blant annet brukt uttrykk som ”presumptive refoulement”¹. At non-refoulement prinsippet skal strekkes så langt, har ikke hjemmel i konvensjonene som omhandler non-refoulement prinsippet, ei heller har noe slikt syn støtte i medlemsstatenes praksis. Jeg kommer etter dette til at Schengenkonvensjonen Art 26 sine regler om transportøransvar heller ikke er i strid med non-refoulement prinsippet.

¹ Se Jim Morrison, s. 13

4 Avslutning

Selv om jeg under kapittel 3 konkluderte med at Schengenkonvensjonens regler om transportøransvar ikke er i strid med folkerettslige regler om beskyttelse av flyktninger og andre beskyttelsestrengende, betyr ikke det at det på dette området ikke er rom for forbedringer. Det første som må gjøres er å få alle medlemsstatene i Schengensamarbeidet til å utføre transportøransvaret på den måten det er angitt i kapittel 2.4 om tolkingen av Schengenkonvensjonen Art. 26. De stater som ilegger transportøransvar også hvor en står overfor flyktninger og andre beskyttelsestrengende, bør her umiddelbart endre sin lovgivning. Hvor transportselskapene har brutt sin kontrollplikt, bør de kun ilegges ansvar og sanksjoner hvor deres brudd på kontrollplikten skyldes forsett eller uaktsomhet. Ved tvister om transportselskapene har brutt kontrollplikten, bør det være statene som har bevisbyrden for om det foreligger et slikt brudd, og om dette skyldes forsett eller uaktsomhet fra transportselskapenes side. Selv om det innføres slike regler vil transportselskapene, hvor de står overfor en passasjer uten nødvendige reisedokumenter, fortsatt måtte vurdere, dersom denne personen hevder å være beskyttelsestrengende, om dette er en åpenbart grunnløs søknad. Dermed slipper ikke transportselskapene unna å måtte opptre på et område som bør høre under de nasjonale immigrasjonsmyndigheter. Det beste hadde kanskje vært å avskaffe hele regelverket om transportøransvar. Hensyn bak reglene var å hindre illegal immigrasjon. Men strømmen av immigranter som klarer å ta seg frem til medlemsstatenes territorium etter innføringen av transportøransvaret, ser ikke ut til å ha blitt mindre. En særdeles negativ konsekvens av slike regler, har vært at det fører til at den internasjonale kriminalitet i form av menneskesmugling har økt¹. At reglene om transportøransvar vil bli avskaffet, er likevel lite trolig.

¹ Se Jim Morrison, s. 24 flg.

Litteraturliste:**Bøker:**

Andenæs, Johs, Alminnelig Strafferett, 1997

Cruz, Antonio, Shifting Responsibility: Carrier Liability in the Member States of the European Union, 1994

Einarsen, Terje, Retten til vern som flyktning, 2000

Fisknes, Eli, Utlendingsloven, 1994

Heiberg, Turid (red), Innvandringspolitikk og utlendingslov, 1998

Morrison, Jim, The trafficking and smuggling of refugees, the end game in European asylum policy? Pre-public edition, juli 2000

Opsahl, Torkel, Internasjonale menneskerettigheter, 1996

Ruud, Morten, mfl, Utvalgte emner i folkerett, 1997

Sejersted, Fredrik, mfl, EØS-rett, 1996

Vevstad, Vigdis, Refugee Protection – A European Challenge, 1998

Artikler:

Bødtcher, Anna la Cour og Hughes, Jane, The effects of legislation imposing fines on airlines for transporting undocumented passengers, i boken The effects of Carrier Sanctions on the Asylum System, (utgitt av Danish Refugee Council), oktober 1991

ECRE, European Council on Refugees and Exiles, Country up-date on the application of carriers liability in European States, februar 1999

Eurorett, Orientering om nye regler og rettsavgjørelser fra EU- og EØS-organer, utgitt av Lovdata i samarbeid med Senter for Europarett ved Universitetet i Oslo, nr 4 2003

Feller, Erika, Carrier Sanctions and International Law, International Journal of Refugee Law, Vol.1, No 1, 1989

Feller, Erika, Transport Carriers and Refugee Protection, The Role of Airline Companies in the Asylum Procedure, (utgitt av Danish Refugee Council), juli 1998

Årsmelding fra UDI, 1989

Konvensjoner og resolusjoner:

Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, EMK, av 4 november 1950

Convention relating to the the Status of Refugees, flyktningkonvensjonen, av 28 juli 1951

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Torturkonvensjonen, av 10 desember 1985

Dublin Convention Determing the State Responsible for Examining Applications for Asylum, Dublinkonvensjonen, 1990

International Covenant on Civil and Political rights av 16 desember 1966

Konvensjon om gjennomføring av Schengenavtalen av 14. juni 1985 mellom regjeringene for statene i den økonomiske union Benelux, forbundsrepublikken Tyskland og republikken Frankrike om gradvis avskaffelse avskaffelse av kontrollen på de indre grenser, Schengenkonvensjonen.

Protocol relating to the Status of Refugees of 28 juli 1967

Rådets direktiv af 28 juni 2001 om fastsettelse af supplerende bestemmelser til artikel 26 I konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen af 14 juni 1985

Statute of The international Court of Justice av 26 juni 1945

Statute of the Office of the United Nations High Comissioner for Refugees, 1950

Traktaten om Det europeiske fellesskap, EF-traktaten, av 25 mars 1957

Traktat om Den Europeiske Union av 17. februar 1992

Universal Declaration of Human Rights, Menneskerettserklæringen, av 10 desember 1948

UNHCRs Håndbok fra 1979: Handbook on procedures and criteria for determing refugee status, og Report of Executive Commitee, 38th Session,1989, General Conclusions on International protection, Un doc A/AC 96/702

Vienna Convention on The Law of Treaties av 23 mai 1969

Lovregistre:

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, Utlendingsloven, av 24 juni 1988 nr.64 og Utlendingsforskriften

Straffeloven av 22 mai 1902 nr. 10

Justisdepartementets Rundskriv G-97/89 av 3 juli 1989

Forarbeider:

Initiativ fra Den Franske Republik med henblik på vedtagelse af Rådets direktiv om harmonisering af de økonomiske sanktioner, der pålægges transportvirksomheder, som befordrer tredjelandsborgere uden de nødvendige papirer ind på medlemsstaternes område, se EU-Karnov, 2000/C 269/06

Inst. S. Nr. 229 1996-97 om instilling fra utenrikskomiteen om samtykke til ratifikasjon av samarbeidsavtalen av 19 desember 1996 mellom partene i Schengenkonvensjonen, og Island og Norge om avskaffelse av personkontrollen på de felles grenser.

Ot. Prp. Nr. 46 1986-87, Utlendingsloven

ST. prp. Nr. 50 1998-99 Om samtykke til inngåelse av avtale mellom Rådet for Den europeiske union og Republikken Island og Kongeriket Norge om gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengenregelverket

Domsavsigelser:

Rt 1991, s 586

Soering v. United Kingdom, Judgement of 7/7 1989, Series A vol 161, Europeiske menneskerettsdomstol